Die Fusion von Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung

---

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Weisensee

Dipl.-Ing. aus München

Approbiert am 17. Mai 1929

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1929

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533907_0018

Inhalt

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Der Rechtsbegriff	3
§ 3.	Die Vertragsparteien	5
§ 4.	Das Rechtsobjekt	6
§ 5.	Die Fusion mit Liquidation	13
§ 6.	Die Fusion ohne Liquidation	15
§ 7.	Der Fusionsvertrag	19
§ 8.	Die Kapitalserhöhung	20
§ 9.	Der Übertragungsbeschluß	23
§ 10.	Die Rechtswirkungen	25
§ 11.	Vertragsverhältnisse	30
§ 12.	Anfechtung und Nichtigkeit	32
§ 13.	Steuerrechtliches	34
§ 14.	Schlußbetrachtung	38

Literatur

(Die bei den einzelnen Werken benutzte Abkürzung ist in Klammer beigefügt.)

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Dr. Kohler und Ring, verschiedene Bände.

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Sammlungen von Entscheidungen des Obersten Bayerischen Landesgerichtes in Zivilsachen.

Brand, Dr. Arthur, Das HGB. mit Ausschluß des Seerechts, Kommentar. Berlin 1911. (Brand.)

Brodmann, Dr. Erich, Aktienrecht, Kommentar. Berlin 1928. (Brodmann.)

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Deutsche Steuerzeitung, verschiedene Jahrgänge. (Deutsche Steuerzeitung.)

Ehrenberg, Dr. Victor, Handbuch des gesamten Handelsrechtes. Dritter Band, I. Abt. Leipzig 1916. (Ehrenberg.)

Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, aufgestellt im Reichs-Justizamt. Berlin 1896.

Endemann, Dr. F., Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I 3. u. 4. Aufl. Berlin 1898.

Gareis, Dr. Karl, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1899.

Geiler, Dr. Karl, Das Gesetz über die Industriebelastung nebst Aufbringungsgesetz. Berlin 1925. (Geiler.)

Gern, Arthur, Die Fusion von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht. Würzburg 1907. (Gern.)

Goldmann, Samuel, Das HGB., Kommentar. Berlin 1901—1906.

Goldschmit, Dr. Friedrich, Die Aktiengesellschaft. München 1927. (Goldschmit.)

— Das Recht des Aufsichtsrats. Berlin 1922.

Hagelberg, Dr. Ernst, und Dr. Ludwig Krämer, Grunderwerbsteuergesetz, Berlin 1928.

Heymann, Dr., Aktienrechtliche Fusion. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 92. Bd., Stuttgart 1928. (Heymann.)

Holdheims Wochenschrift, später Monatsschrift für Handelsrecht (und Bankwesen), verschiedene Jahrgänge.

Horrwitz, Hugo, Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

Hueck, Alfred, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften. Mannheim 1924. (Hueck.)

Jaeger, Ernst, Die Konkursordnung, Kommentar. 5. Aufl. Berlin 1916.

Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, herausgegeben von Ring.

Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft von Gustav Schmoller, verschiedene Jahrgänge.
Juristische Wochenschrift, verschiedene Jahrgänge. (JW.)
Kaemmel, E., Kapitalverkehrssteuergesetz nebst zugehörigen Verordnungen, München 1927. (Kaemmel.)
Kennerknecht, Albert, Kommentar zum Körperschaftssteuergesetz vom 10. 8. 1925. Köln 1926.
Lehmann, Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1898 u. 1904.
Lehmann, Karl, und Victor Ring, Das HGB., Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1913, 1914. (Lehmann.)
Lehmann, Karl, und Heinrich Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. Berlin 1921. (Lehmann-Hoeniger.)
Makower, H. u. F., Das HGB., Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.
Münster, Joseph, Einfluß der Fusion auf bestehende Vertragsverhältnisse. Düsseldorf 1911. (Münster.)
v. Philippovich, Dr. Eugen, Grundriß der politischen Ökonomie. I. Bd. 15. Aufl. Tübingen 1920.
Reichsfinanzhof, Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.
Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, verschiedene Bände. (RG.)
Ring, Victor, Das RG. betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1893.
Ritter, Carl, Das HGB., Kommentar. Berlin 1910.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte.
Sternberg, Dr. Theodor, Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Berlin 1927.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1921. (Staub.)
Thöl, Heinrich, Das Handelsrecht. Leipzig 1879. (Thöl.)
Sombart, Werner, Der moderne Kapitalismus. Leipzig 1902.
Ullmann, Jakob, Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im ganzen (Fusion). Leipzig 1915. (Ullmann.)
Vache, J., Praktische Anleitung zur Umstellung von Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H. auf Grund der GoldbilanzVO. Berlin 1924.
Vehlow, Dr. Max, Handelskommentar zum Umsatzsteuergesetz. Köln 1928.
Weinbach, Hermann, Kapitalverkehrssteuergesetz. Berlin 1926.
Zentralblatt für Handelsre't, verschiedene Jahrgänge. (ZBH.)
Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, verschiedene Bände. (ZHR.)

§ 1.

Einleitung.

Die in der modernen Volkswirtschaft auftretende Konzentration von Kapital zum Zwecke einer möglichst günstigen Bewältigung und einheitlichen Beherrschung des Wirtschaftsmarktes weist eine Reihe Formen auf. Entsprechend dem jeweils gesteckten Ziele kann man im wesentlichen unterscheiden:

I. Kartelle: Diese sind Unternehmerverbände, durch welche sich einzelne Unternehmungen vertragsgemäß zeitlich zusammenschließen zur Einschränkung des freien Wettbewerbs unter Selbständigbelassung der einzelnen Unternehmungen. Sie beabsichtigen die Stellung auf dem Markte nach gemeinsamen Willen zu lenken und den ihnen angeschlossenen Verbänden hierdurch Vorteile im Verkehr zu verschaffen. Je nachdem eine Regulierung hinsichtlich Preisbildung, Absatz, Zentralisierung des Verkaufes vorgenommen wird, spricht man von Kartellen niederer Ordnung, Kartellen mit Kontingentierung des Absatzes und Verkaufssyndikaten. Außer den Kartellen, die auf freiwilligem Zusammenschluß beruhen, kennt die moderne Volkswirtschaft auch Zwangssyndikate, so für Kali und Kohle[1]). Der Mannigfaltigkeit der Kartellzwecke entspricht die Mannigfaltigkeit der Kartellorganisationen[2]).

II. Interessengemeinschaften: Ein loser Zusammenschluß von Großunternehmungen, deren Ziel gegenseitige Kapitalbeteiligung oder Beteiligung am Gewinn ist, oder der in anderer Weise eine finanzielle Vereinigung erreichen will.

III. Fusionen: Verschmelzung und damit Dauervereinigungen von bestehenden Unternehmungen zu einer neuen Großunternehmung.

---

[1]) Sehling, Grundbegriffe des Kalirechtes, in ZHR. 83 S. 47.

[2]) Cosack S. 831; vgl. auch Kartellfragen auf dem Deutschen Juristentag 1902, 1904 u. 1928.

Sie trägt in den Vereinigten Staaten die dort übliche Bezeichnung „Trust“ [3]).

Mit der letztgenannten Form der Kapitalkonzentration durch Verschmelzung von Unternehmungen beschäftigen sich die nachfolgenden Kapitel, und zwar nicht schlechthin mit der Fusion als solcher, sondern mit der Fusion von Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung.

Das Wort Fusion wird in einem zweifachen Sinne gebraucht. Im wirtschaftlichen Sinne bedeutet es die Verschmelzung von Wirtschaftskörpern aller Art zu einem Ganzen. Im Rechtssinne ist darunter zu verstehen die vom Gesetzgeber für eine bestimmte Zahl und Art von Wirtschaftskörpern zugelassene Verschmelzung unter Einhaltung der von ihm für deren Vollzug aufgestellten Voraussetzungen und Vorschriften. Die Fusion im Rechtssinne ist demnach enger, als die Fusion im wirtschaftlichen Sinne.

Der deutsche Gesetzgeber hat bisher die Fusion nur in vereinzelten Fällen zugelassen. Abgesehen von der noch jungen Rechtsfigur der Verschmelzung von Genossenschaften [4]) kennt der deutsche Gesetzgeber nur die Fälle der Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, beide Fälle entweder mit oder ohne Liquidation. Die diesbezüglichen Vorschriften finden sich in den §§ 305 und 306 des HGB.

Nur noch bei der sehr nahverwandten KG.a.A. läßt sich unter sinngemäßer Auslegung der §§ 320 und 330 [5]) des HGB. der Fusionsbegriff möglicherweise gleichfalls anwenden.

Weitere Fälle, in denen in wirtschaftlicher Hinsicht von einer Fusion gesprochen werden kann, sind von der deutschen Gesetzgebung bisher unberücksichtigt geblieben.

Soll beispielsweise eine G.m.b.H. an eine AG. angegliedert werden, was einen äußerst wichtigen Fall des Wirtschaftslebens bedeutet, so kann dies nur auf dem Wege der Auflösung geschehen. Die G.m.b.H. muß aufgelöst werden und ihr Vermögen auf dem gewöhnlichen Wege von der AG. erworben werden.

Nicht zu verwechseln mit der Fusion ist die Umwandlung einer Gesellschaftsform in eine andere; es handelt sich hier nicht um eine Verschmelzung, sondern lediglich um die Wahl einer anderen Gesellschaftsform an Stelle der bisherigen. Auch hier hat die deutsche Ge-

---

[3]) Philippovich S. 217.
[4]) § 93 a—d GenG.; RGBl. 1922 I S. 567.
[5]) Staub § 330 Anm. 223.

setzgebung in den meisten Fällen den Weg der Auflösung der alten Gesellschaft und Neubildung der angestrebten Gesellschaftsform eingeschlagen. Ausnahmen hiervon sind der Fall über die Umwandlung einer AG. in eine G.m.b.H.[6]) und die Umwandlung einer K.G.a.A. in eine AG.[7]).

Eine Weiterentwicklung der deutschen Gesetzgebung in Anpassung an die Wirtschaftsbedürfnisse scheint daher sowohl hinsichtlich der bloßen Umwandlungen von Gesellschaftsformen als auch der Fusion wünschenswert, es sei denn, daß unter Berücksichtigung der sich ergebenden Rechtskomplikationen der Weg der Auflösung und Neubildung als das Zweckmäßigere anzusprechen ist. Hierüber zu entscheiden, würde jedoch an dieser Stelle zu weit führen.

§ 2.

Der Rechtsbegriff.

Bevor auf das Wesen der Fusion von Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung näher eingegangen werden kann, muß festgestellt werden, daß die Fusion im HGB. als ein Spezialfall der Veräußerung des Vermögens im ganzen im Sinne des § 303 behandelt wird.

Um die sich ergebenden Rechtsverhältnisse einer genauen Untersuchung unterziehen zu können, sei kurz auf den Tatbestand des § 303 und des den Fusionsparagraphen 305 und 306 nahestehenden § 304 eingegangen:

Der § 303 stellt die Erfordernisse auf für die Verwertung des Gesellschaftsvermögens einer AG. durch Veräußerung desselben im ganzen auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung auf dem Wege der Liquidation.

In bezug auf den Erwerber des Vermögens finden sich im § 303 keine Vorschriften, während der Veräußerer eine AG. sein muß. Der Erwerber kann jede natürliche oder juristische Person sein, die nach unseren Gesetzen rechts- und handelsfähig ist. Auch bezüglich der Gegenleistung hat der Gesetzgeber keine Einschränkungen festgesetzt.

---

[6]) §§ 80 u. 81 GmbHG.
[7]) §§ 332 ff. HGB.

Sie kann in Geld oder in Sachwerten oder auch in Anteilen der übernehmenden Gesellschaft erfolgen[1]).

In den §§ 304, 305 und 306 sind nun besondere Vorschriften erlassen, die den jeweiligen Spezialfällen Rechnung tragen.

Der mit dem Fusionsparagraphen nahverwandte § 304 regelt die sogenannte Verstaatlichung, die mitunter auch als öffentlich-rechtliche Fusion bezeichnet wird[2]).

Hierbei ist das Reich, ein Bundesstaat oder ein inländischer Kommunalverband der Erwerber des Gesellschaftsvermögens, während die Veräußerung im übrigen den Vorschriften des § 303 Abs. 1 folgt. Eine besondere Ähnlichkeit mit der Gesetzesregelung in § 306 ist dadurch gegeben, daß gleichfalls das Unterbleiben einer Liquidation vereinbart werden kann. Die Bezeichnung öffentlich-rechtliche Fusion ist aber nur mit großem Vorbehalt anzuwenden; denn es fehlt der Veräußerungsart laut § 304 eine der wichtigsten Forderungen der Fusionsparagraphen 305 und 306, nämlich die als Entgelt geforderte Gewährung von Aktien an die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft, so daß von einer Aufnahme derselben in den erwerbenden Verband keine Rede sein kann.

In §§ 305 und 306 sind die nach dem Gesetz wesentlichen Erfordernisse der Fusion aufgestellt.

Es handelt sich:

1. um die Vermögensübertragung als Ganzes,
2. zwischen einer AG. und einer AG. oder zwischen einer AG. und KG.a.A.,
3. unter Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft, die in der Regel im Wege der Kapitalserhöhung zu beschaffen sind, als Gegenleistung an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, und zwar:
   a) mit Liquidation (§ 305),
   b) ohne Liquidation (§ 306).

Durch diesen Vorgang verschwindet das aufgesogene Unternehmen zufolge Hingabe des bisherigen Vermögens, lebt aber gewissermaßen mit seinem Vermögen in einem anderen Unternehmen fort, das seinen Betrieb vergrößerte, sein Kapital erhöhte und mit dem zu diesem Zweck erhöhten Kapital die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft beteiligt. Für die Aktionäre bedeutet eine derartige Vermögenstransaktion letzten Endes lediglich einen Austausch von Aktienberechtigungen.

---

[1]) Goldschmit § 303 Anm. 3.
[2]) Münster S. 13.

§ 3.

Die Vertragsparteien.

Auf Grund des Wortlautes der §§ 305 und 306 des HGB. müssen die Vertragsparteien zwei Aktiengesellschaften oder eine AG. und eine KG.a.A. sein. Es muß sich hierbei um deutsche Gesellschaften handeln, die ihren Sitz in Deutschland haben, da das deutsche Recht die Rechtsverhältnisse nur von deutschen, nicht aber von ausländischen Gesellschaften regeln kann. Eine ausländische Gesellschaft kann daher ihr Vermögen einer inländischen Gesellschaft nur nach Maßgabe der in § 303 enthaltenen Vorschriften übertragen[1]).

Bemerkenswert ist, daß das Gesetz als übernehmende Gesellschaft auch eine KG.a.A. zuläßt. Diese Tatsache wurde größtenteils zu dem weiteren Schluß benützt, daß unter Bezugnahme auf § 320 Abs. 3 HGB., wonach für KG.a.A. die Vorschriften des 3. Abschnittes über die AG. gelten, die Fusion auch zulässig sei, falls die übertragende Gesellschaft eine KG.a.A. sei. Die Berechtigung zu dieser Schlußfolgerung wird vielfach angezweifelt, und tatsächlich können Bedenken dieser Art erhoben werden, insbesondere, wenn man in Erwägung zieht, daß in § 320 Abs. 3 nur auf den 3. Abschnitt der Vorschriften über die AG. Bezug genommen ist, der sich bekanntlich mit der Verfassung und Geschäftsführung befaßt, also mehr oder minder nur Regelungen des internen Lebens einer AG. betrifft.

Geht man zurück auf die Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches[2]), so findet man dort folgende Auffassung vertreten:

„Die in § 292 Abs. 3 enthaltene allgemeine Bezugnahme auf die Vorschriften über die AG. umfaßt auch die Bestimmungen der §§ 278, 279 über die Vereinigung mit einer anderen AG. oder KG.a.A. Diese Vorschriften eignen sich auch für die KG.a.A. Daß die persönlich haftenden Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft von deren Gläubiger noch bis zum Ablauf der 5jährigen Verjährung in Anspruch genommen werden können, ergibt sich von selbst."

---

[1]) Staub § 305 Anm. 1.
[2]) Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift S. 180.

Dieser Ansicht sind die meisten Kommentare und ein großer Teil der Literatur gefolgt, obwohl auch diesbezüglich bei strenger Auffassung des Gesetzes eine Streitfrage entstehen muß.

Da sich die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Fusionsbeschlusses in verschiedenen Stadien befinden können, ergeben sich eine Reihe von Rechtsfragen, die für das Zustandekommen der angestrebten Fusion ausschlaggebend sind.

Als selbstverständlich muß vorausgesetzt werden, daß die übernehmende, wie auch die übertragende Gesellschaft zum Zeitpunkt der Fusion bereits rechtlich existieren muß, wenngleich beide Gesellschaften auch lediglich nur zum Zwecke der Übernahme oder der Übertragung gegründet sein können.

Soll das Vermögen einer aufzulösenden AG. noch während des Gründungsstadiums der übernehmenden an diese übertragen werden, so folgt die Aufnahme den Regeln über die Sachgründung[3]).

Ist über die übertragende oder die übernehmende Gesellschaft ein Konkursverfahren eingeleitet, so ist die Fusion nicht möglich, da dieselbe die Befugnisse des Konkursverwalters und die Rechte der Gläubiger verletzen würde[4]). Mit der Konkurseröffnung kann der Vorstand oder Liquidator den erforderlichen Fusionsvertrag nicht mehr zum Abschluß bringen, da er nicht mehr verfügungsberechtigt ist, sondern an seiner Stelle der Konkursverwalter die entsprechenden vermögensrechtlichen Maßnahmen zu treffen hat.

Ist im Falle des § 306, in welchem die Wirksamkeit des Vertrages betreffend den Ausschluß der Liquidation von der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses ins Handelsregister abhängt, diese Eintragung erfolgt, so ist die Gesellschaft untergegangen, die Firma erloschen und deshalb in diesem Falle ein Konkurs über die Gesellschaft nicht mehr möglich[5]).

§ 4.

Das Rechtsobjekt.

Unter den Begriff Rechtsobjekt fällt alles, was Gegenstand von Rechten sein kann. Bei der Fusion stehen den Vertragsparteien als

---

[3]) Lehmann § 305 Anm. 2.
[4]) § 6 KO.
[5]) Ullmann S. 76.

den Rechtssubjekten als Rechtsobjekte die Werte gegenüber, die als Leistung und Gegenleistung in Frage kommen.

Unter den Begriff Rechtsobjekte fallen nicht nur die Sachgüter, die Gegenstände im Sinne des § 90 des BGB., sondern auch Forderungen, wie Aktienbeteiligungen, Leistungen und Rechte aus Verträgen usw., kurz alles, auf was sich ein Recht beziehen kann.

Bei der Fusion handelt es sich im wesentlichen um

I. das Gesamtvermögen der übertragenden Gesellschaft, und

II. das Recht der Beteiligung am Vermögen der übernehmenden Gesellschaft, oder die abzutretende Aktienbeteiligung der letztgenannten.

An dieser Stelle sei bemerkt, daß sich ein unrichtiges Bild über den Fusionsvorgang ergeben würde, wollte man das Fusionsgeschäft lediglich als Veräußerungsgeschäft im Sinne des BGB. ansprechen; denn von einem Preis im Sinne der §§ 433, 515 des BGB. kann nicht gesprochen werden, da der Gesetzgeber für die Fusion besondere Bestimmungen erlassen hat, die das in Frage stehende aktienrechtliche Geschäft der Verschmelzung regeln[1]). Allerdings muß festgestellt werden, daß sowohl die Fusion, wie das Einbringungsgeschäft Elemente eines Veräußerungs- oder Tauschgeschäftes in sich bergen, weshalb bei der Fusion auch die Bestimmungen des § 303 HGB. entsprechend Geltung haben.

Eine Besonderheit gegenüber dem Veräußerungsgeschäft ergibt sich auch daraus, daß die Gegenleistung niemals an die übertragende Gesellschaft gewährt werden kann, sondern nur an die Aktionäre derselben, da die übertragende untergeht und nicht mehr Empfänger der Gegenleistung sein kann[2]).

Die erwähnte Gegenüberstellung von zwei Gruppen von Rechtsobjekten bei der Fusion ist eine Folge des Begriffmerkmales der Fusion, wonach sie sich vollzieht durch Übertragung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft.

In erster Linie ist zu bestimmen, was unter Gesellschaftsvermögen zu verstehen ist. Das Gesellschaftsvermögen ist die Gesamtheit der Vermögenswerte einer Gesellschaft zu einem gegebenen Zeitpunkt[3]). Das Gesellschaftsvermögen ist demnach keine ein für allemal sich ständig gleichbleibende Größe, wie etwa das Grundkapital, sondern eine schwankende, je nach dem Gedeihen des Geschäftsbetriebes.

---

[1]) Heymann S. 220/21.
[2]) And. M. Staub § 305 Anm. 3.
[3]) Lehmann-Hoeninger S. 311.

Man unterscheidet ein aktives und ein passives Gesellschaftsvermögen. Bei Übertragung des Gesellschaftsvermögens kommen daher nicht nur die aktiven Vermögenswerte in Frage, sondern auch die passiven. Es geht das Vermögen einer Gesellschaft in seiner Gesamtheit einschließlich aller Schulden über.

Die wechselnde Ausdrucksweise des Gesetzes in § 303, das von einer Übertragung des Vermögens „im ganzen" spricht und in § 305 dagegen von der Übertragung des Vermögens „als Ganzes" hat in der Literatur mitunter zu einer verschiedenen Beurteilung geführt. Es erscheint fraglich, ob der Gesetzgeber hier an einen wesentlichen Unterschied gedacht hat, ob nicht vielmehr beide Ausdrücke als gleichbedeutend gewählt wurden. Dem steht allerdings das Bedenken entgegen, ob angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber das gleiche sagen will, obwohl er verschiedene Worte gebraucht[4]). Bei der Beurteilung dieser Frage ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, daß unter „Vermögen im ganzen" bereits ein Vermögen in seiner Totalität als Zusammenfassung aller einzelnen Bestandteile, aktiver und passiver, zu verstehen ist. Es ist daher anzunehmen, daß lediglich ein bedeutungsloser sprachlicher Wechsel im Ausdruck vorliegt.

Wichtiger dürfte sein, inwieweit trotz dieses Hinweises des Gesetzgebers auf die Gesamtheit des Vermögens der Vorbehalt von einzelnen Vermögenswerten zugelassen werden kann. Diese Frage ist in der Literatur besonders heiß umstritten.

Da, wie eingangs erwähnt, das Gesellschaftsvermögen eine von der Zeit abhängige Größe ist, erweist sich der in solchen Fällen von der Praxis zumeist eingeschlagene Weg sehr zweckmäßig, wonach zur Erleichterung der Vermögensübertragung bzw. -übernahme bereits vor Beginn der Fusion Vermögensteile ausgeschieden werden, um dieselben später der erwerbenden Gesellschaft wieder zuzuführen. Zur Durchführung dieses Ausscheidungsprozesses wird in der Regel ein Dritter herangezogen, dem die ausgeschiedenen Vermögensteile als Treuhänder der erwerbenden Gesellschaft ausgehändigt werden[5]).

Auf diese Weise läßt sich auf jeden Fall jeglicher Konflikt, der sich bei strenger Auslegung des Gesetzes durch Zuzahlung ergeben muß, vermeiden. Die Frage, ob neben den von der übernehmenden Gesellschaft zu gewährenden Aktien auch eine Zuzahlung von barem Geld oder die Gewährung anderer Werte neben den Aktien nach dem Gesetz zulässig ist, kann nämlich kaum bejaht werden. Zurückblickend auf die Handelsgesetzbücher von 1861 und 1884 findet sich bereits dort der

---

[4]) Münster S. 25.
[5]) Ullmann S. 40/41.

sogenannte bargeldfeindliche Standpunkt, der auch in die Denkschrift zum HGB. von 1897, stenographischer Bericht 9 L IV, Session 1895/97, 6. Anlageband Aktenstück 632 übernommen ist, indem dort der Verfasser die Fusion als ein rein gesellschaftliches Geschäft ansieht, bei der nur der Umtausch von Aktien der einen Gesellschaft gegen solche der anderen in Frage steht[6]). Werden neben den Aktien Geld- oder andere Werte gegeben, so liegt der Fall der §§ 305 und 306 nicht vor. Ausnahmen sind nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich. Ist den Aktionären ein Wahlrecht zwischen Aktien und anderer Vergütung gegeben, so tritt die Vorschrift des § 305 (dementsprechend auch des § 306) ein, wenn alle Aktionäre sich für Aktien entscheiden[7]). Erfolgt die Gewährung von Geld seitens der übernehmenden Gesellschaft neben der Gewährung von Aktien, so kann diese ausnahmsweise zugelassen werden, insofern die Geldbeträge lediglich als sogenannte Spitzen zum Zwecke des Wertausgleichs beim Aktienumtausch geleistet werden[8]), oder zum Zwecke des Dividendenausgleiches beim Umtausch von Aktien mit ungleichen Dividenden als Ersatz der Gewinnquote[9]).

Unbedenklich zulässig erscheint der Fall der Barzuzahlung durch die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft. Allerdings ist die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen begrenzt[10]). Da jedoch Zahlungen gestattet sind zur Erfüllung von Vereinbarungen nichtgesellschaftlicher Natur, u. a. mit dem Aktionär als Dritten[11]), so können auch Zahlungen, die an eine andere AG. zum Erwerb ihrer Aktien gemacht werden, zugelassen werden.

Darüber, daß die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft in Aktien bestehen muß, sind sich Literatur und Praxis in sinngemäßer Auslegung des Gesetzes stets einig gewesen. Die oben festgestellten Ausnahmefälle ändern an dieser Tatsache nichts. Sie ergeben höchstens den Hinweis, daß das Gesetz diesbezüglich entwicklungsbedürftig ist.

Zu Meinungsverschiedenheiten hat die Frage geführt, ob die zu gewährenden Aktien neu durch Kapitalserhöhung geschaffen werden müssen, oder ob in Sonderfällen hiervon abgesehen werden kann, insbesondere ob bei bereits vorhandenen Vorratsaktien diese zur Abfindung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft herangezogen werden können.

---

[6]) Heymann S. 219.
[7]) RG. 9, 19.
[8]) Staub § 305 Anm. 3.
[9]) Ullmann S. 39.
[10]) § 211 HGB.
[11]) Goldschmit § 211 Anm. 2.

Die strenge Auslegung des Gesetzes verlangt zwingend Neuschaffung von Aktien auf Grund von Kapitalserhöhung entgegen der allgemein herrschenden Meinung[12]). Diese Ansicht stützt sich vor allem auf folgende Gründe:

Der Gesetztext § 305 lautet ausdrücklich „Bei der Erhöhung des Grundkapitals", nicht aber: „Bei einer Erhöhung des Grundkapitals", und nicht „Soweit das Grundkapital erhöht wird". Ferner kommt bei Unterlassung der Kapitalserhöhung der rechtsgestaltende, den Zeitpunkt der Fusion durch Eintragung der Kapitalserhöhung in das Handelsregister festlegende Akt in Fortfall und wäre die Festlegung dieses Zeitpunktes der Parteiwillkür überlassen, was vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Und schließlich dürfte das Unterbleiben einer Kapitalserhöhung und die ganze oder teilweise Gewährung von Vorratsaktien nicht mehr ein körperschaftsrechtliches Geschäft vorliegen lassen, sondern ein einfaches Tauschgeschäft individualrechtlicher Natur[13]).

Die Praxis und der größte Teil der Literatur hat jedoch nicht diesen engen Standpunkt eingenommen, sondern zum Zwecke der Anpassung an die vorliegenden Wirtschaftsbedürfnisse verschiedene Erleichterungen gebilligt und als vom Gesetzgeber gewollt vorausgesetzt.

Die diesbezüglich geltenden Ansichten können dahin zusammengefaßt werden: Vor allem erscheint es begrifflich nicht notwendig, daß die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital für den Fusionsfall erhöht. Es ist vielmehr denkbar, daß die übernehmende soviel eigene Aktien besitzt oder erwirbt, daß sie den Gegenwert aus diesen leisten kann[14]). Auch ohne eine Kapitalserhöhung wird durchweg die Fusion als zulässig erachtet, um so mehr als oft zu Angliederungszwecken Vorratsaktien geschaffen werden und diese ausreichen können[15]).

Auf jeden Fall läßt sich aus den Vorschriften des § 305 nicht ohne weiteres der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit des Wegfalles einer Kapitalserhöhung ausschließen wollte. Es muß vielmehr angenommen werden, daß die als Normalfall gedachte Notwendigkeit einer Kapitalserhöhung geregelt werden sollte.

Mit Recht hat daher die Praxis insbesondere eine teilweise Befriedigung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft durch bereits vorhandene Aktien zugelassen, etwa in der Weise, daß soweit alte Aktien vorhanden sind, diese gewährt werden, während eine Kapitalserhöhung nur zur Schaffung neuer Aktien durchgeführt wird und für

---

[12]) Heymann S. 230 ff.
[13]) Ehrenberg S. 418.
[14]) Staub § 305 Anm. 14.
[15]) Goldschmit § 305 Anm. 13.

diese dann die vom Gesetzgeber für den Fusionsfall geschaffenen Erleichterungen gelten.

Im Falle des § 306 spielt allerdings gerade die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung ins Handelsregister eine bedeutsame Rolle, und erscheint es zunächst fraglich, ob ein Wegfall der Kapitalserhöhung in Anbetracht der erforderlichen Fixierung des Fusionszeitpunktes in Kauf genommen werden kann. Man wird jedoch in einem solchen Falle die Eintragung des Beschlusses über den Liquidationsausschuß ausnahmsweise als genügend für die Festlegung des Fusionszeitpunktes betrachten müssen. Der für die gegenteilige Ansicht angeführte Grund[16]), daß dadurch die Festlegung dieses Zeitpunktes nicht auch in die Hände der übernehmenden Gesellschaft gelegt ist, die für die Schulden der übertragenden haftet, dürfte insofern irrtümlich sein, als der Liquidationsausschluß ein beiderseitiger Vertrag ist, der durch die Vorstände der beiden Gesellschaften, in deren Auftrag und Einverständnis zum Abschluß gebracht wird.

Schließlich sind noch drei Sonderfälle zu erwähnen, die besondere Rechtslagen schaffen, und zwar einmal, wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn die übernehmende Gesellschaft Aktionärin der übertragenden ist, zweitens was ist im umgekehrten Falle zu bemerken, und drittens, wie ist eine Fusion möglich, falls die übertragende Gesellschaft ihre eigenen Aktien besitzt.

Im ersteren Falle wird entweder vereinbart, daß die übernehmende Gesellschaft ihren Besitz an Aktien der übertragenden der letzteren zur Vernichtung ausliefert[17]) oder aber es wird im Vertrage vereinbart, daß die übernehmende Gesellschaft, soweit sie selbst Aktien der übertragenden besitzt, neue Aktien nicht erhält, so daß die Kapitalserhöhung nur insoweit stattfindet, als andere Aktionäre vorhanden sind[18]).

Eine Schwierigkeit liegt vor allem darin, daß die übernehmende Gesellschaft, soweit sie Aktien der aufzunehmenden Gesellschaft besitzt, bei der Beschlußfassung der aufzunehmenden Gesellschaft über den Veräußerungsvertrag kein Stimmrecht hat. Ist die übernehmende Gesellschaft Besitzerin aller Aktien der übertragenden, so ist praktisch bereits eine Kapitalsvereinigung beider Gesellschaften eingetreten und bei der Fusion ist eigentlich nichts mehr auszugleichen und nichts zu vergüten, da die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft bereits über beide Unternehmen finanziell verfügen. Die Fusion ist nur noch

---

[16]) Heymann S. 231.
[17]) RG. 77, 69.
[18]) Staub § 305 Anm. 6.

eine äußere Formsache geworden[19]). Die Praxis hat in solchen Fällen die analoge Anwendung des § 306 für geboten gehalten, obwohl die §§ 305 und 306 im eigentlichen Sinne nicht anwendbar sind.

Der umgekehrte Fall, nämlich daß die übertragende Gesellschaft Aktien der übernehmenden Gesellschaft besitzt, liegt wesentlich einfacher. Das Vermögen wird übergeben und mit ihm die Aktien, welche ein Teil des auszuliefernden Vermögens sind. Einer Kapitalserhöhung bedarf es dann in der Höhe dieses Aktienwertes nicht, da die übernommenen Aktien als eigene für die Befriedigung der Aktionäre dienen können. Allerdings wird für die Ablösung der übrigen Vermögenswerte eine Kapitalserhöhung nach wie vor erforderlich sein.

Der dritte Spezialfall, daß die übertragende Gesellschaft Besitzerin ihrer eigenen Aktien ist, wird äußerst selten eintreten, weil dies grundsätzlich mit dem Wesen einer Aktiengesellschaft unvereinbar ist. Besondere Zwangslagen können jedoch nach § 226 HGB. zum Erwerb eigener Aktien geführt haben und es kann somit auch bei einer Fusion ein derartiger Fall vorkommen. Da jedoch das Stimmrecht für Aktien, die eine Aktiengesellschaft selbst besitzt, nicht ausgeübt werden kann[20]), ist eine Fusion beim Besitz aller Aktien durch die eigene Aktiengesellschaft nicht denkbar, da ja für eine Fusion dreiviertel Stimmenmehrheit zur Beschlußfassung notwendig ist. Für einen Teilbetrag von Aktien, die sich im Selbstbesitz der übertragenden befinden, muß angenommen werden, daß diese Aktien erlöschen, da sonst die übernehmende Gesellschaft ihre eigene Aktionärin werden würde.

Eine sehr wichtige Rolle für den vorzunehmenden Vermögensausgleich spielt die Festlegung des Verhältnisses der auszutauschenden Aktienberechtigungen. Bestimmt wird das Umtauschverhältnis bei einem gerechten Ausgleich durch das beiderseitige Reinvermögen. Es wird hierbei die Formel aufgestellt, daß die Gesamtsumme der Nennbeträge der neuen Aktien zum Reinvermögen der untergehenden Gesellschaft in demselben Verhältnis stehen muß, wie das Grundkapital der aufnehmenden Gesellschaft zum Wert ihres Reinvermögens[21]). Beträgt beispielsweise bei einem Grundkapital der aufnehmenden Gesellschaft von 1 Million Reichsmark ihr Reinvermögen 2 Millionen Reichsmark, das Reinvermögen der aufzulösenden Gesellschaft bei 1 Million Grundkapital 500 000 Reichsmark, so muß die Gesamtsumme der Nennbeträge der neuen Aktien 250 000 Mark betragen. Nach dieser Formel spielt das Grundkapital der aufzulösenden Gesellschaft hierbei keine große

---

[19]) Ullmann S. 47.
[20]) Goldschmit § 226 Anm. 4; RG. 103, 64.
[21]) Brodmann § 305 Anm. 1 c.

Rolle mehr; es ist dies auch wirtschaftlich völlig klar, da ja für die aufnehmende Gesellschaft letzten Endes nur das Reinvermögen der untergehenden von Interesse ist, weniger aber das eingezahlte Grundkapital, das nur eine Ziffer ist, die die Gesamtsumme der Aktien angibt[22]).

Auch ein Vergleich der Kurswerte beider Aktienarten führt zu einer Festsetzung des Austauschverhältnisses, soweit nicht Spekulation, Optimismus oder Skepsis ein anderes Ergebnis zeitigen. Liegt ein Kurswert nicht vor, so ergeben sich für die Festlegung des Austauschverhältnisses besondere Schwierigkeiten durch vorzunehmende Schätzungen. Durch die auf die Inflationszeit folgende Umstellung der Aktiengesellschaften auf Goldmark nach den Vorschriften über die Goldmarkbilanzierung ergeben sich naturgemäß weitere Komplikationen, und ist es für beide Teile besonders wichtig, sehr vorsichtig zu Werke zu gehen, um eine gerechte Gestaltung der Vermögensübertragung herbeizuführen.

Ist das Umtauschverhältnis gefunden, so steht es frei, die Summe der neuzuschaffenden Aktien in beliebige Aktienanteile zu zerlegen, so daß in oben erwähntem Beispielsfalle entweder 2500 junge Aktien zu je 100 Mark oder 250 zu je 1000 Mark ausgegeben werden können.

§ 5.

Die Fusion mit Liquidation.

Bei der Fusion mit Liquidation findet bei der übertragenden AG. ein Liquidationsverfahren statt. Zur Durchführung der Fusion bedarf es einer Reihe von Rechtsvorgängen.

Die Folge, in der sich die einzelnen Rechtsvorgänge zweckmäßigerweise aneinander anschließen, ergibt sich aus der nachgenannten Aufstellung:

1. Die Vorstände der beiden Gesellschaften schließen einen vorerst noch unverbindlichen Vorvertrag[1]).
2. Die übernehmende Gesellschaft faßt Beschluß auf Erhöhung des Grundkapitals und läßt diesen Beschluß in das Handelsregister eintragen.

---

[22]) Lehmann-Hoeniger S. 312.
[1]) Münster S. 31.

3. Die aufzulösende Gesellschaft faßt mit Zweidrittelmehrheit des vertretenen Grundkapitals den Zustimmungsbeschluß zu dem unter 1 erwähnten Fusionsvertrag.
4. Abschluß des bindenden Fusionsvertrages zwischen den Vorständen beider Gesellschaften.
5. Anmeldung der Auflösung der übertragenden Gesellschaft und ihres Liquidators zum Handelsregister durch den Vorstand der übertragenden Gesellschaft.
6. Dreimalige Publikation des Liquidators an die Gläubiger der aufzulösenden Gesellschaft — Befriedigung oder Sicherstellung derselben und Abwarten der Sperrzeit von einem Jahr.
7. Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung zum Handelsregister.
8. Das Vermögen wird übertragen, die Aktien der übernehmenden Gesellschaft werden ausgehändigt.
9. Anmeldung des Erlöschens der aufzulösenden Gesellschaft durch den Liquidator zum Handelsregister.

Die einzuschlagende Reihenfolge in den vorerwähnten Einzelakten ist für den Verlauf der Fusion nicht völlig belanglos. Es ist beispielsweise zweckmäßig, wenn zuerst, d. h. vor dem Auflösungsbeschluß der übertragenden, die übernehmende Gesellschaft den Kapitalserhöhungsbeschluß vornimmt und eintragen läßt, um im Falle eines Nichtzustandekommens bzw. einer Verzögerung desselben zu verhindern, daß die zur Auflösung gegebene Zustimmung vorher bereits rechtswirksam wird[2]). Abgesehen kann von dieser Schutzmaßnahme dann werden, wenn die übertragende Gesellschaft ihren Beschluß von der Einhaltung einer bestimmten Frist, innerhalb deren die Kapitalserhöhung durchgeführt werden und eingetragen sein muß, abhängig macht, was rechtlich zulässig ist.

Die Grundpfeiler des Fusionsgeschäftes sind die beiderseitigen Generalversammlungsbeschlüsse, einerseits auf Verschmelzung und Auflösung, andererseits auf Kapitalserhöhung.

Wie sich aus der aufgestellten Reihenfolge ersehen läßt, treten naturgemäß die wichtigsten Organe einer Aktiengesellschaft, nämlich die Generalversammlung und der Vorstand, beim Fusionsvorgang in Tätigkeit und sind von ihnen die entscheidenden Maßnahmen zu treffen.

Bevor auf die Einzelheiten des Fusionsverfahrens näher eingegangen wird, sei im Zusammenhange mit dem erforderlichen Eingreifen

---

[2]) Staub § 305 Anm. 21.

dieser Organe die Stellung derselben im Leben einer Aktiengesellschaft kurz skizziert:

Die Generalversammlung ist das Organ, durch welches der Wille der AG. zum Ausdruck kommt. Sie wirkt im Inneren der Gesellschaft, während ihr ein Handeln nach außen nicht möglich ist, abgesehen von einigen Ausnahmefällen, in denen sie die Aktiengesellschaft auch nach außen vertritt.

Der Vorstand hingegen ist das Organ, durch welches die Aktiengesellschaft nach außen hin vertreten wird. Er allein erklärt den Willen der AG., betätigt Dritten gegenüber die Rechtsgeschäfte der AG.

Aus dieser Abgrenzung des Betätigungsfeldes der beiden wichtigsten Organe der AG. ergibt sich auch bei der Fusion naturgemäß ein Eingreifen der Generalversammlung nur da, wo es darauf ankommt, Willensbestimmungen zu treffen, also bei den Beschlußfassungen über Auflösung bzw. über Kapitalserhöhung. Dagegen obliegt dem Vorstande das rechtsgeschäftliche Handeln nach außen, also bei der Fusion das Abschließen der Verträge, die Eintragungsanmeldungen und dergl., soweit nicht bei der übertragenden bereits der Liquidator an Stelle des Vorstandes getreten ist.

Was den Aufsichtsrat anbelangt, der ebenfalls eine bedeutsame Stellung im Leben einer AG. einnimmt, so sei hierzu bemerkt, daß derselbe den übrigen Organen der Gesellschaft gegenüber Aufsichts- und Prüfungsrechte ausübt. Im Fusionsfalle kommt ihm darüber hinaus zusammen mit dem Vorstande eine mitwirkende Tätigkeit bei der Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals gemäß § 284 zu, in gleicher Weise wie bei der vorhergehenden Eintragung des Beschlusses auf Kapitalserhöhung gemäß § 280.

§ 6.

Die Fusion ohne Liquidation.

Die Fusion ohne Liquidation, genannt auch die eigentliche Fusion, wird behandelt in § 306 des HGB. Von ihr wird vorwiegend im Wirtschaftsleben Gebrauch gemacht. Eine die Jahre 1910—1919 umfassende Statistik[1]) ergibt, daß während dieser Zeit 9 Fusionen mit und 228

[1]) Brodmann § 306 Anm. 1a.

ohne Liquidation in Deutschland stattgefunden haben. Entsprechend den Bestimmungen des Gesetzes ist die Fusion ohne Liquidation an folgende Voraussetzungen gebunden:

1. Übertragung des Vermögens einer AG. an eine AG. oder an eine KG.a.A., wie im Falle des § 305.
2. Vereinbarung des Ausschlusses der Liquidation der übertragenden Gesellschaft.

Für die Durchführung der Vermögensübertragung nach § 306 hat der Gesetzgeber besondere Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft erlassen, die den Ersatz für den Wegfall der für § 305 einzuhaltenden Liquidationsvorschriften bilden.

Die Vereinbarung des Ausschlusses der Liquidation kann im Veräußerungsvertrage festgelegt werden, notwendig ist dies jedoch nicht. Sie kann auch Gegenstand einer besonderen Abmachung sein. Eine Vorschrift, daß sie gleich dem Veräußerungsvertrage gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, besteht nicht, doch muß für die Abmachung die schriftliche Form gewählt werden. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der Bestimmung des § 304 Abs. 3, die gemäß § 306 Abs. 1 entsprechende Anwendung findet und die verlangt, daß die Abmachung dem Registerrichter zusammen mit dem Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift eingereicht wird[2]).

Auch der Beschluß über den Ausschluß der Liquidation bedarf, wie die Zustimmung zum Fusionsvertrag einer Mehrheit, die mindestens dreiviertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Im übrigen braucht aber der Ausschluß der Liquidation nicht ausdrücklich vereinbart zu sein. Es genügt, wenn er sich aus dem gesamten Inhalt des Vertrages als gewollt ergibt[3]).

Der Gang des Verfahrens ist zweckmäßigerweise bei Durchführung der Fusion ohne Liquidation folgender:

1. Schließung des Veräußerungsvorvertrages und des Vorvertrages über Ausschließung der Liquidation zwischen den beiderseitigen Vorständen, vorbehaltlich der unter 2 und 3 erwähnten GV.-Beschlüsse.
2. Die übernehmende Gesellschaft faßt den Kapitalerhöhungsbeschluß und läßt ihn in das Handelsregister eintragen.
3. Zustimmungsbeschluß der übertragenden AG. zum Veräußerungsvertrage und zum vereinbarten Liquidationsausschluß.

---

[2]) Brand § 306 Anm. 1.
[3]) RG. 77, 268.

4. Abschluß des endgültigen Fusionsvertrages und des Vertrages über den Liquidationsausschluß durch die beiderseitigen Vorstände und Eintragung dieser Verträge zum Handelsregister.
5. Die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals wird von der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 284 HGB. zum Handelsregister angemeldet.
6. Die aufgelöste Gesellschaft überträgt ihr Vermögen an die Übernehmerin gegen Aushändigung von Aktien an ihre Aktionäre. Anmeldung des Erlöschens der Firma der aufgelösten Gesellschaft.
7. Vereinigung der beiden Vermögensmassen.

Die Kernpunkte der Verschmelzungsakte sind wiederum wie bei der Fusion mit Liquidation Fusionsvertrag und GV.-Beschlüsse, die in den nachfolgenden Kapiteln ihrer Wichtigkeit wegen besonders behandelt werden.

Der Gang des Verfahrens ist im wesentlichen der gleiche, wie bei § 305, was ohne weiteres einleuchtet, da ja der § 306 einen Unterfall des § 305 bildet. Nur der Ausschluß der Liquidation bringt gegenüber dem § 305 besondere Wesensverschiedenheiten. Sie zu regeln, hat den Gesetzgeber veranlaßt, die entsprechende Anwendung des § 304 vorzuschreiben.

In der Literatur wurde des öfteren zu der Frage Stellung genommen, ob die Vorschriften des § 304 ohne weiteres auf die Verhältnisse des § 306 übertragen werden können, und zwar fast durchweg mit dem Ergebnis, daß dies nicht der Fall sei.

Bei den einschlägigen Erörterungen hat sich vor allem als strittig erwiesen, ob die Anmeldung und Eintragung des Genehmigungsbeschlusses und des Beschlusses über Ausschluß der Liquidation schon erfolgen kann, bevor der Kapitalerhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft eingetragen ist.

Das Gesetz schreibt diesbezüglich nichts vor; es bestimmt lediglich, daß § 304 entsprechend Anwendung findet und dementsprechend ist der Anmeldung des GV.-Beschlusses auf Auflösung nur der Vertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigt beizulegen[4]).

Dieser Auffassung kann jedoch mit Recht entgegengehalten werden, daß der Registerrichter im Falle des § 306 die Eintragung nicht eher vornehmen kann, als bis ihm die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses nachgewiesen ist, da er andernfalls Gefahr laufe, einen noch nicht

---

[4]) Staub § 306 Anm. 6.

gültigen Rechtsakt zu buchen[5]). Den zuletzt genannten Standpunkt haben sich die meisten Kommentatoren zu eigen gemacht. Abgesehen von dieser Streitfrage erscheint es aus rein praktischen Gründen ratsam, den GV.-Beschluß auf Kapitalserhöhung in der Reihenfolge vorauszusetzen, da auf diese Weise die übertragende vor nachteiligen Folgen bewahrt bleibt, so sie nicht durch Abhängigmachung von Bedingungen ihren Zustimmungsbeschluß entsprechend zu schützen weiß. Denn es könnte die übernehmende Gesellschaft die Kapitalserhöhung ablehnen und die Fusion damit vereiteln.

Weiterhin ist strittig, ob wie in § 304 der Eintragung des Liquidationsausschlusses auch in § 306 die gleiche Rechtswirkung beigelegt werden kann. Nach § 304 Abs. 5 ist mit der Eintragung des Liquidationsausschlusses der Übergang des Vermögens der Gesellschaft erfolgt und die übertragende Gesellschaft erloschen. Im Falle des § 306 entsteht naturgemäß die Frage, ob nicht als Zeitpunkt des Erlöschens die durchgeführte Kapitalserhöhung anzusehen ist. Im Verfolg dieser Frage zeigt sich klar, daß der Kernpunkt aller Streitfragen über Anwendung des § 304 auf den § 306 darin zu suchen ist, daß § 304 keine Fusion im eigentlichen Sinne des Wortes ist, da in diesem Falle keine Gewährung von Aktienberechtigungen in Frage kommt, sondern eine einfache Abfindung, ein Entgelt, daß mit einem Austausch von Aktienberechtigungen nichts zu tun hat. Unter Würdigung dieser Gesichtspunkte erweist sich in § 306 die Annahme als berechtigt, daß erst mit Eintragung der Kapitalserhöhung der Zeitpunkt der Vermögensverschmelzung als eingetreten zu betrachten ist, wenngleich der Wortlaut der §§ 306 und 304 anderes ergibt. Die Wirkung der Vermögenstransaktion tritt daher im Falle des § 306 zeitlich später ein als im § 304, bei welchem eine Kapitalserhöhung zum Zwecke der Aktiengewährung niemals in Frage kommt.

In Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn von einem Kapitalerhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft Abstand genommen werden kann, ist ausnahmsweise die Eintragung des Liquidationsausschlusses als der Zeitpunkt des Eintrittes der Fusion anzunehmen, umsomehr als der Wortlaut der §§ 304 und 306 für eine Handhabung des Gesetzes in diesem Sinne spricht.

---

[5]) Brand § 306 Anm. 3 e.

§ 7.

Der Fusionsvertrag.

Der Fusionsvertrag in der ursprünglichen Fassung muß als eine Art Vorvertrag aufgefaßt werden, der nach keiner Seite hin bindend ist. Er bildet zunächst nur die Basis, auf der verhandelt werden soll, während der eigentliche Fusionsvertrag die Generalversammlungszustimmung der übertragenden Gesellschaft voraussetzt. Ein Zustimmungsbeschluß zum Fusionsvertrag von seiten der Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft ist nicht erforderlich, vielmehr ist für die übernehmende Gesellschaft der Vorstand zum Abschluß des Fusionsvertrages berechtigt. Die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft hat es demnach in Zusammenarbeit mit dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft in der Hand, Änderungen an dem Vorvertrag vorzunehmen und ihm die eigentliche dem Gesellschaftswillen entsprechende Fassung zu geben. Es müssen also zweckmäßigerweise zwei Arten des Fusionsvertrages unterschieden werden, und zwar einerseits der unverbindliche Vorvertrag, andererseits der verbindliche Fusionsvertrag. Beide können natürlich übereinstimmen, insofern der Vorvertrag keine Änderungen mehr erfährt. Der Fusionsvertrag in der ursprünglichen Form ist somit ein gegenwärtiger Vertrag, welcher einen künftigen verspricht[1]).

Die Form des Vertrages — gemeint ist in diesem Falle der verbindliche Fusionsvertrag — ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung auf Grund der Bestimmung des § 311 des BGB., wonach ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf[2]). Auch die Wichtigkeit, die dem Fusionsvertrag beim Fusionsgeschäft zukommt, läßt eine derartige gerichtliche oder notarielle Festlegung als erforderlich erscheinen.

Gegenstand des Vertrages ist Veräußerung des Vermögens einer AG. bzw. einer KG. a. A. als Ganzes gegen Gewährung von Aktien. Da die Gewährung der Aktien direkt an die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft erfolgen muß, ist der Fusionsvertrag ein Vertrag zugunsten

---

[1]) Thöl Bd. 1 S. 777.
[2]) And. M. Gilbert in JW. 57 S. 42.

Dritter. Die Aktionäre erlangen aus ihm unmittelbar Rechte gegen den Erwerber des Vermögens. Der Vertrag muß auch eine Bestimmung über die Verteilung der zu empfangenden Aktien enthalten, insbesondere muß er über das festzusetzende Umtauschverhältnis Aufschluß geben. Nichtig wird der Veräußerungsvertrag, wenn der Generalversammlungsbeschluß mit Erfolg angefochten oder nichtig ist[3]).

Sollen Fristen gesetzt werden, nach deren Ablauf der Veräußerungsvertrag unverbindlich wird, wenn bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die erfolgte Kapitalserhöhung nicht eingetragen ist, so ist dies im Fusionsvertrag aufzuführen.

Findet ausnahmsweise eine bare Zuzahlung von seiten der übernehmenden Gesellschaft statt, sei es zu dem von der strengen Auffassung als zulässig angezweifelten Ausgleich von „Spitzen" oder als Dividenden-Ausgleich, so ist hierüber im Veräußerungsvertrag näheres festzulegen.

Auf Grund § 305 Abs. 3, wonach für den Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft die Vorschriften des § 290 Anwendung finden, kann im Veräußerungsvertrag auch eine Vorschrift ähnlich dem Zwangsverfahren bei der Zusammenlegung von Aktien enthalten sein. Dies kommt dann vor allem in Frage, wenn auf mehrere Aktien der übertragenden eine der übernehmenden Gesellschaft entfällt, so daß sich unter Umständen Zwangslagen wegen Zukauf ergeben. Androhung über Kraftloserklärung und den Zwangsverkauf sind dann zweckmäßig im Fusionsvertrag festzusetzen, obwohl ein derartiges Zwangsverfahren ohne weiteres vom Gesetz gestattet ist und daher auch dann durchgeführt werden kann, wenn der Veräußerungsvertrag hierüber nichts vorgesehen hat.

Bezüglich des Liquidationsausschlusses im Falle des § 306 sei auf die Ausführungen im vorigen Kapitel verwiesen, wonach derselbe im Veräußerungsvertrag festgelegt werden kann, eine Vorschrift hierüber jedoch nicht besteht, vielmehr eine Sondervereinbarung möglich ist.

§ 8.

Die Kapitalserhöhung.

Auf Grund der für die Fusions-Paragraphen 305 und 306 vom Gesetzgeber gestellten Forderungen, daß die Gegenleistung in der Ge-

[3]) Goldschmit § 303 Anm. 9.

währung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft bestehen muß, ist die Übernehmerin, abgesehen von ganz besonderem Ausnahmefällen, zur Durchführung einer Kapitalserhöhung gezwungen. Hierzu bedarf es eines GV.-Beschlusses der übernehmenden Gesellschaft, bei dem sich die erforderliche Stimmenmehrheit nach §§ 251 Abs. 1, 275 Abs. 1 und § 278 Abs. 2 bestimmt. In der Regel wird die Notwendigkeit einer Dreiviertelmehrheit des bei Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals im Sinne des § 275 anzunehmen sein. Zwingendes Recht für die Dreiviertelmehrheit besteht im Falle des § 207 Abs. 1, falls der Fusionsvertrag innerhalb zwei oder eines Jahres seit Eintragung der übernehmenden Gesellschaft ins Handelsregister geschlossen wurde, und bei dem bereits erwähnten § 278 Abs. 2, insofern Aktiengattungen mit verschiedenen Berechtigungen vorliegen.

Durch den Erhöhungsbeschluß, der für die zu gewährenden Aktien bei der Fusion auf Seite der Übernehmerin erfolgt, wird zugleich der Gesellschaftswille der übernehmenden Gesellschaft auf Zustimmung zum Fusionsgeschäfte zum Ausdruck gebracht. Wie bereits früher erwähnt, bedarf es an und für sich bei der Übernehmerin keines besonderen Zustimmungsbeschlusses durch die GV., was irrtümlich hie und da angenommen, aber mit Recht bekämpft wird. Allein diese Feststellung gibt bereits den deutlichen Hinweis, daß der Wegfall einer Kapitalserhöhung zum Zwecke der Neuschaffung von Aktien, wenn überhaupt zulässig, einen außergewöhnlichen Fall des Fusionsgeschäftes bedeuten muß, da durch den Wegfall der Kapitalserhöhung der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft sich auf keinen diesbezüglichen Beschluß seiner Gesellschaft stützen kann und damit keine genügende Sicherheit darüber hat, ob er beim Abschluß des Fusionsvertrages tatsächlich den Willen seiner Gesellschaft vollzieht. In einem derartigen Falle wird zweckmäßigerweise ein GV.-Beschluß der übernehmenden Gesellschaft auf Zustimmung zum Fusionsvertrag herbeigeführt, während derselbe im Normalfall der Kapitalserhöhung zum Zwecke der Fusion nicht besonders vorgeschrieben und als überflüssig zu bezeichnen ist.

Für die Kapitalserhöhung zum Zwecke der Fusion sieht das Gesetz gewisse Erleichterungen vor, indem verschiedene Vorschriften in Wegfall kommen, die bei der gewöhnlichen Kapitalserhöhung Anwendung finden müssen. Der Gesetzgeber hat diesbezüglich bestimmt, daß bei der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften des § 278 Abs. 1, § 280 Abs. 2, §§ 281, 282 und § 283 Abs. 1 sowie des § 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 außer Anwendung bleiben. In folgendem sei nun auf diese einzelnen Erleichterungen bzw. auf die fortfallenden Vorschriften näher eingegangen:

Der § 278 Abs. 1 bestimmt, daß eine Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien nicht stattfinden soll, bevor das bisherige Grundkapital völlig einbezahlt ist. Hievon wird nun im Fusionsfalle abgesehen, um auch zum Zeitpunkt eines noch nicht völlig einbezahlten Grundkapitals die Fusion möglich zu machen, zumal kein Grund besteht, im Fusionsfalle, d. h. beim Austausch von Aktienberechtigungen eine Einschränkung dieser Art eintreten zu lassen. Deutlich zeigt sich aus dieser Erleichterung, wie auch aus den weiterhin fortfallenden Vorschriften bei der normalen Kapitalserhöhung, daß die Fusion nicht als ein Sonderfall der Kapitalserhöhung angesehen werden darf, sondern das letztere unter besonders vereinfachenden Kennzeichen als ein Bestandteil des Fusionsgeschäftes aufzufassen ist. Daß die in § 280 enthaltene Vorschrift über eine vorgeschriebene Versicherung über das voll einbezahlte Grundkapitel ebenfalls in Fortfall kommt, ist selbstverständlich und eine Folge des Fortfalls von § 278 Abs. 1. Der übrige Inhalt des § 280 ist jedoch durch den § 305 nicht ausgeschaltet, und behält somit die Vorschrift Gültigkeit, daß der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.

Der Verzicht auf die Anwendung der Vorschriften des § 281, der sich mit Zeichnung neuer Aktien mittels Zeichnungsscheine beschäftigt und des § 282, der das gesetzliche Bezugsrecht der alten Aktien regelt, ergibt sich ebenfalls als eine naturgemäße Folge des Fusionsgeschäftes, da einerseits die Zeichnung durch den Vertragsabschluß ersetzt wird, andererseits ein Bezugsrecht der alten Aktien, im Falle einer für die Fusion durchzuführenden Kapitalserhöhung, nicht in Frage kommt.

Weiterhin fällt auch eine Zusicherung eines Bezugsrechtes im Wege des Vertrages nach § 283 Abs. 1 fort, ebenso wie auch die älteren auf Gesellschaftsvertrag beruhenden Bezugsrechte entfallen, da sie im Zweifel nur bei Kapitalserhöhung gegen Barzahlung ausgeübt werden können[1]).

Laut § 284 des HGB. ist der Beschluß über die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Vorschrift bleibt auch bei der Kapitalserhöhung zur Durchführung der Fusion bestehen. Daß die Bestimmung des § 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 in Wegfall kommt, ist eine Selbstverständlichkeit, da der gerichtlich oder notariell beurkundete Fusionsvertrag vorliegt.

---

[1]) Goldschmit § 305 Abs. 14.

Wichtig ist, daß auch der Beschluß über die Anmeldung der Kapitalserhöhung auf Grund des § 285, der durch § 305 Abs. 1 nicht außer Anwendung gesetzt ist, bis zur Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung verschoben werden kann.

Die Literatur hat sich jedoch mit der Frage beschäftigt, ob nicht die Anwendung des § 285 aus Gründen der Sachlage außer Kraft gesetzt ist, und zwar deswegen, weil einerseits die Anmeldung der durchgeführten Erhöhung das Vorliegen eines wirksamen Fusionsvertrages voraussetzt, der ihr beizufügen ist, andererseits aber der Fusionsvertrag mit Rücksicht auf § 283 Abs. 2 vor der Anmeldung und Eintragung des auf Erhöhung lautenden Beschlusses nicht wirksam abgeschlossen werden kann [2]).

Wird außer der Kapitalserhöhung zur Befriedigung der Aktionäre des untergehenden Unternehmens gleichzeitig eine weitere Kapitalserhöhung zu anderen Zwecken erforderlich, so können hierauf selbstverständlich nicht die Erleichterungen, die sich im Falle des § 305 und § 306 ergeben, Anwendung finden. Der Kapitalerhöhungsbeschluß muß dann beide Teile der vorzunehmenden Erhöhungen auseinanderhalten.

§ 9.

Der Übertragungsbeschluß.

Der Fusionsvertrag bedarf eines mit qualifizierter Mehrheit gefaßten Zustimmungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft, da die Vorschriften des § 303, die auf die §§ 305 und 306 Anwendung finden, ausdrücklich eine Vermögensübertragung auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung mit qualifizierter Mehrheit der übertragenden Gesellschaft verlangen. Der Vorstand der übertragenden ist demzufolge zum Vertragsbeschluß ohne den vorerwähnten GV.-Beschluß nicht befugt. Enthält der Gesellschaftsvertrag erschwerende Bestimmungen, so muß auch eine Erfüllung dieser Bestimmungen erfolgen. Erleichterungen können durch den Gesellschaftsvertrag diesbezüglich nicht geschaffen werden. Durch den Übertragungsbeschluß faßt die untergehende Gesellschaft den Beschluß, ihr Vermögen als Ganzes an eine andere AG. oder KG.a.A. zu übertragen gegen Gewährung von Aktien, wobei sie gleichzeitig Zustimmung zu einem vorliegenden Veräuße-

[2]) Ullmann S. 57.

rungsvertrag gibt. Es ist wesentlich, daß bereits zu bestimmt vorliegenden Bedingungen die Zustimmung erteilt wird, wobei insbesonders der Erwerber genannt sein muß. Die allgemeine Absicht, das Gesellschaftsvermögen im ganzen zu veräußern, würde nicht genügen. Nicht ein Veräußerungsvertrag, sondern der Veräußerungsvertrag auf dem Wege der Fusion muß den Gegenstand der Beschlußfassung bilden. Innerhalb des im wesentlichen bestimmten Beschlusses wird dem Vorstand (Liquidator) mitunter noch die Befugnis eingeräumt werden müssen, zu einer selbständigen Gestaltung unwesentlicher Nebenpunkte[1]). Zweckmäßig findet die Beschlußfassung zu einem bedingten Vertrage statt, der nur in Kraft tritt, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft eingetragen ist, damit eine vorzeitige Auflösung der übertragenden Gesellschaft vermieden bleibt. Der Beschluß kann während der Dauer der Gesellschaft oder nach beschlossener Auflösung im Zustande der Liquidation gefaßt werden[2]).

Hat die Generalversammlung die Vermögensveräußerung beschlossen, so ist die Gesellschaft aufgelöst, es sei denn, daß die Beschlußfassung, was zweckmäßigerweise geschieht, bedingt war. Die erfolgte Auflösung ist ins Handelsregister einzutragen, und zwar durch den Vorstand[3]), ebenso sind die durch die Generalversammlung zu bestimmenden ersten Liquidatoren gemäß §§ 293 und 296 anzumelden. Sind keine Liquidatoren bestimmt worden, so sind mangels Beschluß die Vorstandsmitglieder als Liquidatoren im Sinne des § 295 aufgestellt, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag anderes vorschreibt.

Eine Eintragung des GV.-Beschlusses ins Handelsregister ist jedoch nicht erforderlich. Es genügt, wenn eine Einreichung des GV.-Protokolles gemäß § 259 Abs. 5 erfolgt. Eine Berücksichtigung des § 277 Abs. 3 bezüglich Satzungsänderungen der irrtümlich im Zusammenhang mit der Eintragung des GV.-Beschlusses verschiedentlich Erwähnung findet, kommt beim Fusionsfall nicht in Frage, da das Fortbestehen der übertragenden Gesellschaft hierfür Voraussetzung wäre.

Bei verschiedenen Gattungen von Aktien ergeben sich insofern Besonderheiten, als bei der Festsetzung des vertretenen Grundkapitals eine besondere Stimmenbewertung im Verhältnis der Berechtigungshöhe erforderlich ist.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß der erwähnte Zustimmungsbeschluß mit einer Zustimmung oder Einwilligung im Sinne der §§ 182, 183 und 184 des BGB. nichts zu tun hat. In letzterem Falle

---

[1]) Ullmann S. 11.
[2]) Staub § 303 Anm. 9.
[3]) HGB. § 293.

handelt es sich um eine Zustimmung durch einen Dritten zu einem Rechtsgeschäft zwischen zwei anderen, während der zustimmende Generalversammlungsbeschluß die vertragliche Willensäußerung des einen der Vertragsschließenden selbst bildet.

§ 10.

Die Rechtswirkungen.

Wenn von den Rechtswirkungen bei der Fusion gesprochen werden soll, so ist zu unterscheiden zwischen den Rechtswirkungen, die nach Durchführung der einzelnen Akte des Fusionsganges entstehen und den Rechtswirkungen, die durch den Eintritt der Verschmelzung in Kraft treten.

Den Rechtswirkungen im letztgenannten Sinne kommt naturgemäß die ausschlaggebende Bedeutung zu. Zunächst ist die Frage zu klären, wann ist die Verschmelzung als vollendet anzusehen. Als Zeitpunkt hierfür ist der gesetzliche Übergang der gesamten Passiven und Aktiven zu betrachten, und dieser tritt ein mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung ins Handelsregister sowohl im Falle des § 305 wie auch im Falle des § 306. Der sich ergebende Unterschied bezüglich des Eintrittes der Verschmelzung zwischen der Fusion mit Liquidation und der liquidationslosen Fusion besteht unter Berücksichtigung des Vorerwähnten lediglich darin, daß die Verschmelzung im Falle des § 306 eher erreicht wird als im § 305, bei welchem gewöhnlich vor der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung noch das Liquidationsverfahren durchzuführen ist.

Hinsichtlich der eintretenden Rechtswirkung hat sich in Literatur und Praxis fast ausschließlich ein Standpunkt herausgebildet, der bei genauer Betrachtung der vorliegenden Verhältnisse als zum Teil irrtümlich bezeichnet werden muß. Es wird nämlich ein Unterschied gemacht zwischen den Rechtswirkungen bei der Fusion mit Liquidation und bei der liquidationslosen Fusion dahin, daß in ersterem Falle Singularsukzession[1]) angenommen und nur in letzterem Falle die Gesamtrechtsnachfolge anerkannt wird.

Um diesbezüglich ein klares Bild zu gewinnen, ist es erforderlich, kurz auf das Wesen der Gesamtnachfolge einzugehen. Gesamtrechts-

[1]) Goldschmit § 305 Anm. 17.

nachfolge liegt dann vor, wenn ein Vermögensganzes als Rechtseinheit durch einen einzigen Rechtsakt auf den Erwerber übergeht, deren häufigster Anwendungsfall bekanntlich der des Erbschaftserwerbes ist. Die Voraussetzungen der Gesamtrechtsnachfolge sind bei der Fusion gegeben, denn bei der Fusion geht durch den rechtsgestaltenden Registerakt (Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung) die übertragende Gesellschaft restlos in der übernehmenden auf mit der Folge, daß die übernehmende Gesellschaft über den Rahmen des § 419 BGB. hinaus mit ihrem gesamten Vermögen den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft haftet[2]). Dies gilt für jede Fusion, gleichgültig ob ein Fall des § 305 oder des § 306 vorliegt.

Es ist daher nicht einzusehen, was zu einer unterschiedlichen Auffassung hinsichtlich der Rechtswirkung im Falle der §§ 305 und 306 berechtigen sollte, zumal die gleichen Voraussetzungen in beiden Fusionsfällen gegeben sind, nämlich der restlose Untergang der übertragenden Gesellschaft und das völlige Aufgehen ihres gesamten Vermögens in die übernehmende Gesellschaft durch einen einzigen Rechtsakt. Daß diese Anschauung richtig ist, beweist vor allem der vom Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 62 S. 72 eingenommene Standpunkt, in dem es auf eine Gesamtrechtsnachfolge im Falle des § 305 ausdrücklich hinweist. Die Literatur hat mitunter versucht[3]), ihre Anschauung dadurch in Übereinstimmung mit der des Reichsgerichtes zu bringen, daß sie angenommen hat, es sei ein Druckfehler in der vorerwähnten Reichsgerichtsentscheidung unterlaufen und müßte es § 306 statt § 305 heißen. Dies ist jedoch ausgeschlossen, da es sich um einen Fall der Fusion mit Liquidation handelt.

Mit einer einheitlichen Auffassung über die Rechtswirkung in beiden Fusionsfällen erübrigen sich eine Reihe Fragen, die die Literatur immer wieder beschäftigt haben und zu verschiedenen irrtümlichen Auffassungen in der Rechtsprechung geführt haben.

Weiterhin sind als Rechtswirkungen im Falle des § 306 zu erwähnen die vom Gesetzgeber in diesem Paragraphen erlassenen Schutzvorschriften für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft. Im Falle des § 305 erübrigen sich derartige Sondervorschriften, da die gewöhnlichen Vorschriften Platz greifen, die vom Gesetzgeber für die Regelung einer Liquidation einer AG. in den §§ 297 und 301 erlassen wurden und da fernerhin vor die erfolgte Kapitalserhöhung die Durchführung der Liquidation tritt. Im Falle des § 306 aber mußte der Gesetzgeber eine Reihe Sondervorschriften zum Schutze der Gläubiger der übertragenden

---

[2]) Heymann S. 222; RG. 71, 380.
[3]) Ziegler in Holdheim 1909 S. 60.

Gesellschaft erlassen. Er sah sich hierzu gezwungen, da im Falle des § 306 durch Ausschaltung der Liquidation und den dadurch früher liegenden Eintritt der Perfektion der Fusion den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft keine genügende Sicherheit bezüglich Befriedigung ihrer Forderungen geboten wäre.

Mit den betreffenden Schutzvorschriften bei der liquidationslosen Fusion beschäftigen sich Abs. 2—6 des § 306.

Gemäß Abs. 2 des § 306 ist das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft getrennt zu verwalten. Durch diese Vorschrift wird das Interesse der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft bis zum Ablauf des Sperrjahres in besonderer Weise geschützt. Eine Verschmelzung oder Vermengung beider Vermögensmassen darf während der Dauer des Sperrjahres nicht stattfinden. Wenn auch die Vorstandsmitglieder der übernehmenden Aktiengesellschaft nunmehr die Geschäftsführung der übertragenden Aktiengesellschaft versehen, so muß trotzdem eine Unterscheidung zwischen dem übernommenen Vermögen und dem eigenen Vermögen möglich sein. Hierzu müssen getrennte Bücher geführt werden, die ein buchmäßiges Ineinandergehen der beiden Vermögensmassen während des Sperrjahres verhindern, es muß ferner eine eigene Kassenführung erfolgen, eine eigene Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung aufgestellt werden und eine besondere Inventarisierung und eine gesonderte Abschreibung erfolgen. Die Bücher der untergegangenen Gesellschaft können jedoch weitergeführt werden. Überschüsse, die aus dem Sondervermögen erzielt werden, dürfen nicht als Gewinn unter die Aktionäre verteilt werden. Ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 des BGB. besteht nicht, weshalb Vermögensstücke aus dem Vermögen der untergegangenen Gesellschaft unbedenklich veräußert werden können. Wenn mit Mitteln des Sondervermögens der untergegangenen Gesellschaft andere Vermögensstücke erworben werden, so findet dingliche Anwachsung statt, der Erlös oder die Ersatzwerte gehören ohne weiteres zum Sondervermögen[4]).

Durch die Anordnung der getrennten Verwaltung wird eine besondere Rechtslage geschaffen. Einerseits hat sich die Fusion vollzogen, andererseits ist die Übernehmerin nicht befugt, frei über das übernommene Vermögen zu verfügen. In welchem Sinne dies zu verstehen ist, ergibt sich aus dem § 306 Abs. 4, wonach bis zur Vereinigung der beiden Vermögen das übernommene Vermögen noch als Vermögen der untergegangenen Gesellschaft gilt, und zwar im Verhältnis der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren Gläubigern. In gewisser Beziehung gilt die aufgelöste als fort-

[4]) Goldschmit § 306 Anm. 7.

bestehend, und zwar nur insoweit, als eine Konkurrenz von Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft mit den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft in Frage steht[5]). Gewissermaßen als Garantie für die Durchführung der getrennten Verwaltung hat der Gesetzgeber in Abs. 6 des § 306 ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung als Gesamtschuldner haften, die Mitglieder des Aufsichtsrates jedoch nur, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

Die sich ergebende Rechtswirkung ist, daß das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft dem Zugriff der Gläubiger der übernehmenden entzogen ist, und zwar auch für solche Forderungen, die erst nach der Verschmelzung entstanden sind[6]). Gegen Zugriff der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft haben die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft Klagerecht nach § 771 ZPO., während die Gläubiger der übernehmenden einen Klageanspruch aus § 771 nicht herleiten können.

Mitunter komplizierte Rechtslagen ergeben sich in einem Konkursfalle während der getrennten Verwaltung.

Entsprechend § 207 Abs. 2 KO. kann nicht nur über das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft Konkurs eröffnet werden, sondern auch über das Sondervermögen der untergegangenen Gesellschaft. Hierzu ist folgendes zu bemerken:

1. Konkurs über das Sondervermögen:

   Gemeinschuldnerin ist die übernehmende Gesellschaft. Konkursmasse ist allein das übernommene Vermögen, Konkursgläubiger sind nur die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft, denen außerdem samtverbindlich das Vermögen der übernehmenden haftet (§ 68 KO.)[7]). Vor der Eröffnung des Konkurses ausgeschiedene Teile aus dem Sondervermögen der übertragenden, welche zur Sicherheit an die übernehmende übereignet wurden, gehören nicht zur Konkursmasse.

2. Konkurs über das Vermögen der übernehmenden nach eingetretener Fusion während der getrennten Verwaltung:

   Die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft haben bezüglich des Sondervermögens Aussonderungsrecht gemäß § 43 ff. KO.[8]).

---

[5]) Ullmann S. 78.
[6]) RG. 84, 242.
[7]) Goldschmit § 306 Anm. 9.
[8]) RG. 71, 327; 87, 434.

Die Rechtslage den Gläubigern der übertragenden gegenüber ist die, als wenn gerichtlich noch keine Vereinigung der beiden Vermögen stattgefunden hätte[9]). Der Konkurs erstreckt sich auf das Vermögen der übernehmenden ausschließlich des übernommenen Sondervermögens. Es tritt jedoch bezüglich des Separatvermögens Liquidation ein, die sich analog den Grundsätzen der §§ 294 und 304 HGB. vollzieht. Berechtigt zum Antrag auf Konkurseröffnung sind außer dem Vorstand sowohl die Gläubiger der übernehmenden, wie die der aufgelösten Gesellschaft. Aussonderungsberechtigt sind die Gläubiger der Sondermasse, wie der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft. Eine analoge Anwendung der §§ 212 und 234 KO. bezüglich Ausfallshaftung kann im Fusionsfalle nicht angenommen werden.

Auch der Zeitpunkt, zu welchem die Vermengung der beiden Vermögen erst erfolgen darf, wurde vom Gesetzgeber in Erkenntnis der Wichtigkeit der getrennten Verwaltung genau festgelegt. In Abs. 5 des § 306 wird ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Vereinigung der beiden Vermögen erst erfolgen darf, nachdem die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft nach § 297 zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert wurden und nur unter Beobachtung der nach § 301 für die Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorschriften. Gegen eine Fortführung der getrennten Verwaltung nach Einhaltung der erforderlichen Schutzvorschriften bestehen keine Bedenken. Nur eine frühere Vereinigung der Vermögensmassen darf nicht stattfinden, weshalb sich in dem betreffenden Absatz des § 306 die Worte „darf erst" finden. Ist die Vereinigung der beiden Vermögen erfolgt, so besteht selbstverständlich kein Unterschied mehr zwischen Sondervermögen und Vermögen der übernehmenden und Gläubiger der übertragenden und der übernehmenden.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß in Abs. 3 des § 306 eine weitere Schutzvorschrift zugunsten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft enthalten ist, nämlich die, daß auf die Dauer der getrennten Verwaltung Beibehaltung des bisherigen Gerichtsstandes der übertragenden Gesellschaft vorgesehen ist. Damit ist den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft die Wahl gelassen, ob sie in einem Klagefalle den bisherigen Gerichtsstand oder den der Übernehmerin wählen wollen. Daß auch letzterer in Frage kommen kann, ergibt sich aus dem Grundsatz, daß nach Eintritt der Fusion die Übernehmerin Schuldnerin der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft geworden ist.

---

[9]) Brand § 306 Anm. 6c.

§ 11.

Vertragsverhältnisse.

Mit der Übertragung des Vermögens der untergehenden Gesellschaft müssen naturgemäß auch eine Reihe Vertragsverhältnisse übertragen werden, da diese Bestandteile des Vermögens sind. Die Frage, inwieweit etwa vorliegende Vertragsverhältnisse von der Fusion berührt werden, hat verschiedentlich die Literatur beschäftigt.

Selbstverständlich kann es sich bei der Klärung dieser Frage nur um Verträge der übertragenden Gesellschaft handeln, nachdem die Verträge der übernehmenden Gesellschaft unberührt bleiben, mit Ausnahme von Kreditverträgen, welche unter Umständen — aber auch nur in ganz besonderen Ausnahmefällen, nämlich wenn durch die Fusion eine schlechtere Entwicklung des Geschäftsbetriebes zu erwarten steht — eine Ergänzung der Sicherheit verlangt werden kann. Weiterhin können Gegenstände der diesbezüglichen Betrachtung nicht kurzfristige Vertragsverhältnisse sein, da anzunehmen ist, daß diese bereits während des Fusionsverfahrens ablaufen. Zweifelhafte Rechtslagen können sich daher nur ergeben bei Übertragung von Dauerverträgen der aufgelösten Gesellschaft.

Grundsätzlich ist festzustellen, daß der Gegenkontrahent infolge der Fusion nicht zur Kündigung oder zum Rücktritt berechtigt ist, da die alte Rechtspersönlichkeit der aufgelösten durch die übernehmende fortgesetzt wird[1]). Ein Rücktrittsrecht an und für sich wird nicht begründet[2]). Abweichungen hiervon finden statt bei nachweisbaren Nachteilen infolge Eintritts der Fusion, wobei der Einspruch erklärt werden muß, und zwar rechtzeitig unter Einhaltung der Gläubigerfrist bei der Fusion[3]) und wobei die Einspruchserklärung einer besonderen Begründung hinsichtlich des durch die Fusion eintretenden Nachteiles bedarf.

Einer näheren Betrachtung seien kurz unterzogen der Lieferungsvertrag und der Dienstvertrag:

Beim Lieferungsvertrag handelt es sich um einen Vertragsabschluß, bei welchem Ware gegen Geld, oder Ware gegen Ware als Leistungen gegenüberstehen. Da es sich im Falle unserer Betrachtung um einen Dauervertrag handelt, so muß es sich um langfristige Leistungen, die

---

[1]) Gern S. 57.
[2]) RG. 60, 58.
[3]) Münster S. 40.

sich mitunter wiederholen, handeln. Ist die Übertragende Empfängerin der Ware, so ist die Rechtslage eine sehr einfache, da der Vertragsgegner, so nicht ein reines Tauschgeschäft zugrunde liegt (Ware gegen Ware), keine Handhabe zu einer Ablehnung finden wird, da er nur Geld empfängt, welches als Inhalt der Leistung naturgemäß dasselbe bleibt.

Ist die übertragende Gesellschaft Lieferantin der Ware und somit Schuldnerin der Ware, so kommt insofern eine weitere Komplikation hinzu, da es fraglich sein kann, ob der Empfänger (Warengläubiger) die geschuldete Ware als bestellungsgemäß anerkennt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 30. 3. 1906 bezüglich Bestätigung des Urteiles des OLG. München in Sachen eines Wirtes auf Rücktritt vom Vertrag. Die fusionierenden AG.en waren die „Brauerei zum Kindl" und die „Union-Brauerei". Der Wirt verlor seine Kunden, als bekannt wurde, daß er nicht mehr Kindl-Bier ausschenke. Die Klage des Wirtes auf Rücktritt vom Vertrag wurde als berechtigt anerkannt, obwohl die chemische Analyse den Nachweis erbringen konnte, daß das gelieferte Bier vom gleichen Stoffe sei. Das Urteil ist zurückzuführen auf den Umstand, daß es sich im vorliegenden Falle um renomierte Fabrikware handelt, die durch das Verschwinden der Herstellerin in den Augen der Verbraucher an Wert verloren hat.

Beim Dienstvertrag, der auf längere Dauer, unter Umständen auf Lebenszeit abgeschlossen ist, ist in der Regel keine Rechtsbasis geschaffen, die es möglich machen könnte, einen derartigen Dauervertrag aus Gründen der Fusion aufzulösen. Nur nachweisbare Nachteile zufolge der eingetretenen Fusion können ein Recht auf Kündigung geben. Der Dienstvertrag geht normalerweise auf die Übernehmerin über. Es ist jedoch ein fristloses Kündigungsrecht einzuräumen, wenn die dienstliche Stellung wesentliche Änderungen zuungunsten der betreffenden Beamten oder Angestellten durch die Fusion erfährt[4]). Der Gesellschaft ist jedoch ein gleiches Kündigungsrecht nicht einzuräumen, sofern in dem betreffenden Dienstvertrag keine diesbezüglichen Abmachungen enthalten sind.

Im Zusammenhang mit den Vertragsverhältnissen sei kurz auf das Amt der Aufsichtsratsmitglieder der übertragenden Gesellschaft hingewiesen, welches nach Eintritt der Fusion als beendet zu betrachten ist. Auch der Anspruch auf Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder erlischt von selbst. Einer entgegenstehenden Vereinbarung steht jedoch nichts im Wege[5]).

---

[4]) RG. 81, 153.
[5]) Goldschmit § 306 Anm. 5.

Besondere Rechtslagen können sich noch ergeben, insofern die übernehmende bzw. die übertragende Gesellschaft vertraglich an die Vorschriften eines bestehenden Syndikates gebunden ist. Hat die Übernehmerin dem Syndikat angehört, so unterliegt auch der übernommene Betrieb den Syndikatsvorschriften, da ja letzterer voll in der übernehmenden Gesellschaft aufgeht[6]). Der umgekehrte Fall erscheint zweifelhaft, wurde jedoch vom Reichsgericht dahin entschieden, daß eine Unterwerfung der aufnehmenden Gesellschaft unter die Syndikatsvorschriften im Umfange des Betriebes der übernommenen Gesellschaft erfolgen muß[7]).

§ 12.

Anfechtung und Nichtigkeit.

Über die Frage, inwieweit die Fusion der Anfechtung oder der Nichtigkeit unterliegt, besteht im Schrifttum und nach der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der gleichfalls strittigen Frage von Anfechtung und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen weitgehende Uneinigkeit[1]).

Allgemein gilt der Grundsatz, daß die Anfechtbarkeit nur im Wege einer besonderen Anfechtungsklage geltend gemacht werden kann, während die Nichtigkeit ohne weiteres eintritt.

Hinsichtlich Voraussetzungen, Durchführung und Wirkung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ist allgemein und im besonderen in bezug auf die Fusion folgendes zu sagen:

Gegenstand der Anfechtungsklage ist Ungültigkeit des GV.-Beschlusses wegen Verletzung der Gesetze oder des Gesellschaftsvertrages. Die Form der Anfechtung ist Erhebung der Klage, Geltendmachung durch Einrede und Widerklage ist nicht zulässig[2]). Die Klage untersteht neben den allgemeinen auch den in §§ 271—273 HGB. besonders geregelten Prozeßgrundsätzen. Als Kläger kommen nur in Frage die Aktionäre, der Vorstand und die einzelnen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates. Als Beklagte kommt die Gesellschaft in Frage, die den GV.-Beschluß gefaßt hat. Die Frist zur Erhebung der Anfech-

---

[6]) RG. 89, 357.
[7]) RG. 81, 354; Flechtheim in JW. 1917 S. 469.
[1]) Brodmann § 271 HGB. Anm. 1 Abs. II.
[2]) Goldschmit § 271 Anm. 9.

tungsklage beträgt nur einen Monat, und zwar läuft sie vom Tage der GV. ab und nicht von Kenntnis des Beschlusses oder des Stattfindens der GV. an[3]).

In Besonderheit der Fusion ist diesbezüglich festzustellen: Die Anfechtung muß sich beziehen auf die GV.-Beschlüsse, und zwar entweder auf den Übertragungs- oder den Kapitalerhöhungsbeschluß. Die Wirkung dieser Beschlüsse ist, soweit sie den Übertragungsbeschluß betrifft, Auflösung der übertragenden Gesellschaft sowie Legitimation des gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft zum Abschluß des Veräußerungsvertrages, soweit sie den Kapitalerhöhungsbeschluß betrifft, Kapitalerhöhung und zugleich Zustimmung zum Veräußerungsvertrag. Findet nun eine erfolgreiche aktienrechtliche Anfechtung statt in Gemäßheit der §§ 271 ff. HGB., so werden diese Wirkungen unwirksam.

Die Nichtigkeit tritt im Gegensatz zu der Anfechtung ohne weiteres ein, wenn der GV.-Beschluß durch seinen Inhalt sich mit zwingenden Gesetzesbestimmungen in Widerspruch setzt[4]). Der Weg der Klage ist nicht erforderlich. Die Berufung auf die Nichtigkeit kann auch außergerichtlich in jeder beliebigen Weise erfolgen[5]). Die Nichtigkeit kann auch im Wege der Klage und im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Von jedem, der rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran hat, kann die Geltendmachung der Nichtigkeit herbeigeführt werden[6]). Die Klage richtet sich entweder gegen die Gesellschaft oder den Erwerber und folgt den gewöhnlichen Prozeßgrundsätzen[7]). Der Registerrichter kann im Nichtigkeitsfalle von Amts wegen die Löschung der davon betroffenen Eintragung des Handelsregisters gemäß § 142 FGG. jederzeit vornehmen.

Zwingende Vorschriften, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Fusion zur Folge haben, liegen beispielsweise vor bei Gewährung der Aktien nicht an die Aktionäre, sondern an die übertragende Gesellschaft, oder nach Ansicht der oben erwähnten strengeren Auffassung, wenn neben der Gewährung der für die Fusion neu geschaffenen Aktien, Vorratsaktien oder Barzuzahlungen gewährt werden.

Da das Gesetz über die Nichtigkeitsklage keine Vorschriften enthält, ist die Frage erörtert worden, ob nicht die Regeln über die Anfechtungsklage entsprechend anzuwenden sind[8]). Dies kann nur teilweise bejaht werden, und zwar nur insoweit, als die Nichtigkeitsklage

---

[3]) RG. 66, 228; Goldschmit § 271 Anm. 12.
[4]) RG. 75, 243.
[5]) Hueck S. 234.
[6]) Ullmann S. 89.
[7]) ZPO. § 256.
[8]) Hueck S. 237.

von einem Aktionär oder einem Gesellschaftsorgan ausgeht; soweit die Klage jedoch durch einen Dritten erhoben wurde, liegt eine Analogie zur Anfechtungsklage nicht vor und besteht kein Grund, eine solche Klage anders zu behandeln, als nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

Erwähnt sei noch, daß die Möglichkeit zur Verbindung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegeben ist[9]). Die für den Anfechtungsprozeß geltenden Vorschriften sind dann nur insoweit anwendbar, als sich die Klage auf einen Anfechtungsgrund stützt. Ein solcher Grund kann nur berücksichtigt werden, wenn die Klage innerhalb der Monatsfrist erhoben und dieser Grund innerhalb der vorerwähnten Frist geltend gemacht wird. Nach Ablauf der Frist können nur noch neue Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden, nicht aber neue Anfechtungsgründe[10]).

Im allgemeinen macht sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Tendenz bemerkbar, die Nichtigkeitsangriffe nach Möglichkeit abzuwehren, insbesondere insoweit, als die Nichtigkeit mehr auf formelle Verstöße sich gründet[11]).

§ 13.

Steuerrechtliches.

Durch das Steuermilderungsgesetz vom 31. 3. 1926 wurden Hemmnisse beseitigt, die bisher die Industrie in vielen Fällen daran behindert hatten, sich der Fusion als Mittel des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen zu bedienen. Entsprechend einer Zusammenstellung in den Monatsberichten der Diskontogesellschaft konnte über die im Jahre 1926 vorgenommenen Zusammenschlüsse festgestellt werden, daß die Fusionen zahlenmäßig zu den Interessengemeinschaften sich wie 5 zu 3 verhalten, was zum großen Teil auf die durch das Steuermilderungsgesetz geschaffenen Erleichterungen zurückgeführt werden muß[1]). Selbstverständlich liegt die Zunahme von Fusionen auch in der ganzen Struktur der deutschen wirtschaftlichen Verhältnisse, da die notwendige Erfüllung der außenpolitischen Verpflichtungen der deutschen Wirtschaft einen Rationalisierungsprozeß und damit die Bildung von Zusammen-

---

[9]) Goldschmit § 273 Anm. 18.
[10]) Hueck S. 247.
[11]) Heymann S. 239.
[1]) ZBH. 1927 S. 210 (Rosendorff).

schlüssen gefordert hat, wobei gerade die Fusion die innigste Form von Zusammenschlüssen den vorliegenden Bedürfnissen am besten Rechnung trug. Fest steht auf jeden Fall, daß vor der eingetretenen Milderung nach § 12 des Kapitalverkehrssteuergesetzes und vor einer weiteren Begünstigung durch das Steuermilderungsgesetz vom 31. 3. 1926 dem Deutschen Reich ein erheblicher Steuerausfall dadurch entstand, daß früher bei Fusionen dieselben Steuern erhoben wurden, wie bei Gründungen und Kapitalserhöhungen, weshalb zum Schaden der Wirtschaft verschiedentlich rationelle Fusionen unterblieben sind[2]).

Von den Steuergesetzen, denen die Fusion unterworfen ist, muß das Kapitalverkehrssteuergesetz in erster Linie genannt werden.

Gemäß § 1 KVG. wird die Kapitalverkehrssteuer erhoben:

1. für Rechtsvorgänge, die Gesellschaften betreffen (Gesellschaftssteuer);
2. für den ersten Erwerb von Wertpapieren und sonstigen Vermögensrechten (Wertpapiersteuer);
3. für Anschaffungsgeschäfte des Börsenverkehrs (Börsenumsatzsteuer).

Für die Fusion kommt nur die unter 1 genannte Gesellschaftssteuer in Frage, da die Wertpapiersteuer laut § 25 KVG. nur verzinsliche Schuldverschreibungen und Rentenverschreibungen inländischer und ausländischer Schuldner betrifft und die Börsenumsatzsteuer durch § 36 KVG. ausgeschaltet wird, wonach die Zuweisung von Aktien, Anteilen an Kapitalgesellschaften usw. an den ersten Erwerber nicht steuerpflichtig ist.

Anwendung finden von der oben erwähnten Gesellschaftssteuer die §§ 6a, 7, 9a und 12 des KVG. Inwieweit auch § 9b in Frage kommt, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen des § 6b als gegeben zu betrachten sind.

Im einzelnen ist zu den einschlägigen Paragraphen des KVG. zu bemerken:

§ 6a bestimmt, daß der Steuer unterliegen: Zahlungen und Leistungen, die zum Erwerb von Gesellschaftsrechten erforderlich sind. Diese Verordnung wird noch näher mit dem Fusionsfall in Bezug gebracht durch § 7, mit welchem der Gesetzgeber bestimmt, daß die Steuerpflicht nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß Zahlungen und Leistungen nicht von Gesellschaftern bewirkt werden, sondern von anderen Unternehmungen, an denen diese Personen als Gesellschafter oder als Mitglieder beteiligt sind[3]).

---

[2]) Heymann S. 256.
[3]) Kaemmel § 7 Anm. 6.

Mit § 9a wird der Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld geregelt. Demnach entsteht die Steuerschuld in den Fällen des § 6a, sobald die Zahlungen oder Leistungen fällig werden, spätestens indes, sobald sie bewirkt werden. Im Fusionsfall ist als Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld der Verschmelzungsakt, das ist die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung ins Handelsregister, zu betrachten, bzw. bereits die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses.

§ 12 KVG. bringt eine besondere steuerrechtliche Begünstigung für die Fusion, indem der Gesetzgeber bestimmt, daß bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften sich die Steuer auf 2% ermäßigt, insofern das Vermögen der einen Gesellschaft als Ganzes mit oder ohne Auseinandersetzung an eine andere Gesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten der aufnehmenden Gesellschaft übertragen wird. Hierbei ist zu bemerken, daß dem Gesetz eine Begünstigung von Fusionen ursprünglich fremd war[4]). Die erste Herabsetzung des regelmäßigen Satzes von 7,5% auf 4% erfolgte durch die zweite Steuernotverordnung. Durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 14. 9. 1924 wurde die Fusionssteuer auf 2,5% ermäßigt. Zufolge § 8 Abs. 1 des Steuermilderungsgesetzes vom 31. 3. 1926 (RGBl. 1 S. 185) wurde schließlich der Steuersatz auf 1% festgelegt.

Daß als Steuerschuldner nur die aufnehmende Gesellschaft in Frage kommen kann, ist selbstverständlich, da die übertragende Gesellschaft untergeht.

Die Bewertung des Gegenstandes der Besteuerung hat zu Schwierigkeiten Anlaß gegeben[5]). Das Reichsbewertungsgesetz kann nicht Anwendung finden; es sind die Vorschriften der §§ 137 ff. der Reichsabgabenordnung anzuwenden. Auch über die Abschätzung des Wertobjektes sind Meinungsverschiedenheiten entstanden. Nach der heute herrschenden Meinung ist der Kurswert der neugeschaffenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft als Mindestwert für maßgebend anzusehen. Im allgemeinen wird der Durchschnittskurs vor und nach der registerlichen Eintragung zugrunde zu legen sein.

Zu ausführlichen Erörterungen hat auch die Frage geführt, ob durch eine Fusion die Aktienbesitzer steuerabgabepflichtig werden und ob die Aktien anders einzuwerten sind. Fusionsgewinne der Aktionäre sind als steuerfrei zu erachten, da kein Tausch und kein Veräußerungsgeschäft vorliegt[6]). Die Anwendbarkeit des EStG. § 30 Abs. 3, falls der Aktionär mit mehr als einem Viertel an der untergehenden Gesellschaft

---

[4]) Kaemmel § 12.
[5]) Heymann S. 255.
[6]) Deutsche Steuerzeitung 1927 S. 875 (Rosendorff).

beteiligt ist, muß aus gleichem Grund verneint werden[7]). Bezüglich der Bewertung wird man der Ansicht beistimmen müssen, daß der bisherige und der neue Aktienbesitz als derselbe Gegenstand im Sinne des § 19 EStG. zu behandeln ist[8]).

Der Grunderwerbssteuer unterliegt die Fusion in Gemäßheit § 1 GStG., wonach beim Übergang des Eigentums an inländischen Grundstücken eine Grunderwerbssteuer erhoben wird und in Gemäßheit § 3 dieses Gesetzes mit Bestimmungen über Vereinigungen die Übertragungen gleich zu achten sind. Auch hier hat das Steuermilderungsgesetz vom 31. 3. 1926 mit § 8 Abs. 2 Erleichterungen geschaffen, indem es bestimmt, daß bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften im Sinne des § 12 KVG. sich die Grunderwerbssteuer auf 1½ % ermäßigt.

Noch zu untersuchen wäre, inwieweit durch die Fusion Steuerpflichten zufolge des Umsatzsteuergesetzes und des Körperschaftssteuergesetzes erwachsen.

Die Umsatzsteuer kann auf den Fusionsfall nicht Anwendung finden, da die Voraussetzungen des Umsatzsteuergesetzes in der Fassung vom 8. 5. 1926 nicht gegeben sind. Desgleichen kann die Körperschaftssteuer in der Fassung vom 10. 8. 1925 keine Steuerpflicht bei der Fusion auslösen, da durch § 18 Abs. 3 des KörpStG. die Steuerpflicht für Auflösung von Erwerbsgesellschaften bei Vermögensübertragungen im ganzen ausdrücklich ausgeschlossen wird.

Es bliebe nun noch zu erörtern, inwieweit durch das Industriebelastungsgesetz und das Aufbringungsgesetz die Fusion berührt wird.

Bezüglich des Industriebelastungsgesetzes tritt nach Maßgabe der §§ 49 Abs. 1 und 50 Abs. 1 des IBG. ein Wechsel auch in der persönlichen Schuldnerschaft ein[9]). Der Erwerber haftet für gewisse Jahresleistungen an Stelle des Veräußerers, die persönliche Haftung des Veräußerers erlischt. Die eigene Industrielast und die Haftung der übernehmenden Gesellschaft hiefür bleibt bestehen. Insoweit der Erwerber an Stelle des Veräußerers für die Jahresleistungen haftet, geht mit der persönlichen Schuld auch die dingliche Haftung aus der öffentlichen Last auf den Erwerber über.

Hinsichtlich des Aufbringungsgesetzes finden nach § 12 dieses Gesetzes die Vorschriften des § 49 des IBG. entsprechende Anwendung. Der Erwerber haftet für die Verpflichtungen aus Rückständen aus laufenden Jahresleistungen und für diejenigen Beträge, welche bis zum

---

[7]) Heymann S. 257.
[8]) Deutsche Steuerzeitung 1928 S. 23 (Evers).
[9]) Geiler S. 250.

Ende des Kalenderjahres, in welchem die Neuumlegung erfolgt, fällig werden[10]).

Im Zusammenhange mit den Steuerfragen im Fusionsfalle sei noch erwähnt, daß die strittigen Fragen über den Fusionsvorgang auch für die Steuergesetzgebung nicht ohne Folgen bleiben konnten. So finden sich nicht selten in der Literatur und den Kommentaren zu den Steuergesetzen Widersprüche und irrtümliche Auffassungen über den Fusionvorgang.

§ 14.

Schlußbetrachtung.

Die verschiedenen, sich teilweise widersprechenden Rechtsanschauungen über die Fusion von Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung weisen deutlich darauf hin, daß die deutsche Gesetzgebung sich über kurz oder lang zu Änderungen diesbezüglich veranlaßt sehen wird. Abgesehen von dem eingangs erwähnten Bedürfnis den Fusionsbegriff in Anpassung an die Wirtschaftsverhältnisse auch auf weitere Fälle von Gesellschaftsverschmelzungen auszudehnen, erscheint es dringend notwendig, für die bereits in §§ 305 und 306 des HGB. geregelte aktienrechtliche Fusion Ergänzungen zu schaffen, die eindeutig den Willen des Gesetzgebers festlegen und ein Schwanken der Rechtsprechung über grundsätzliche Rechtsfragen im Fusionsfalle ausschließen. Die Streitfragen, die dringend einer eindeutigen Klärung bedürfen, können im wesentlichen auf folgende Punkte zusammengefaßt werden:

1. Ist zu bestimmten Zwecken neben der Gewährung von Aktien Zuzahlung von Bargeld und anderen Werten zulässig?
2. Tritt Gesamtrechtsnachfolge ein sowohl im § 305 als auch im § 306, oder nur bei letzterem?
3. Kann eine Kapitalserhöhung im Ausnahmefall (etwa bei vorhandenen Vorratsaktien) unterbleiben?

Solange durch den Gesetzgeber eine eindeutige Festlegung über die Fusion und ihre Anwendung auf die Praxis nicht erfolgt ist, besteht zur Erreichung einer einheitlichen Durchführung von Fusionen die Notwendigkeit, die Entscheidungen des Reichsgerichtshofes als höchste Instanz im deutschen Rechtsleben als Richtlinien für den Willen des

---

[10]) Geiler S. 329.

Gesetzgebers zugrunde zu legen, um irrtümliche Anschauungen, die durch Literatur und Rechtsprechung der unteren Gerichte mitunter entstanden sind, aus dem Wege zu räumen. Selbstverständlich muß hiebei berücksichtigt werden, daß damit keine völlige Regelung der strittigen Rechtsfragen erwartet werden kann, da das Reichsgericht nur von Fall zu Fall zu Einzelfragen Stellung nehmen kann und keine Gelegenheit hat, den gesamten strittigen Fragenkomplex durch Aufstellung einheitlicher Grundsätze zu regeln.

Für die fusionierenden Gesellschaften erscheint es ratsam, den Fusionsvertrag möglichst ausführlich zu gestalten, um auf diese Weise nach Möglichkeit Lücken des Gesetzes auszufüllen.

Auf jeden Fall drängt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit für die Fusion zu einer baldmöglichen eindeutigen Festlegung durch den Gesetzgeber, da andernfalls die Gefahr besteht, daß durchgeführte Fusionen ständig von der Möglichkeit des Eintrittes der Nichtigkeit bedroht werden.